



Roj: **SAP SE 705/2019 - ECLI: ES:APSE:2019:705**

Id Cendoj: **41091370052019100148**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **5**

Fecha: **30/04/2019**

Nº de Recurso: **147/2018**

Nº de Resolución: **359/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE HERRERA TAGUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

SENTENCIA

REFERENCIA

JUZGADO de 1ª Instancia nº 10 de Sevilla

ROLLO DE APELACION **147/18 -F**

AUTOS Nº 90/16

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON JOSÉ HERRERA TAGUA

DON CONRADO GALLARDO CORREA

DON FERNANDO SÁNZ TALAYERO

En Sevilla, a treinta de Abril de dos mil diecinueve.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Iltrma Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario nº 90/16, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Sevilla, promovidos por Doña Ariadna , D. Epifanio y Doña María Esther , representados por el Procurador Don Francisco Javier Diaz Romero, y Don Hilario y Doña Carlota , representados por la Procuradora Doña Teresa Rodríguez Linares, contra la entidad Targobank, S.A., representada por el Procurador Don Gerardo Martínez Ortiz de la Tabla; autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia en los mismos dictada con fecha 28 de Septiembre de 2017 .

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: "*Que estimando en lo esencial la demanda formulada por DOÑA Ariadna , DON Epifanio , DOÑA María Esther , DON Hilario Y Carlota , contra a TARGOBANK, y declaro nula la **cláusula** 3.3. sobre límites a la variación del tipo de interés recogida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha de 13 de febrero de 2008, que establece un mínimo del 5,50%, y condeno a la demandada a que se elimine del contrato manteniéndose la vigencia del resto del contrato, y a reembolsar a la parte actora las cantidades abonadas en exceso en aplicación de dicha **cláusula** desde el inicio del préstamo, y hasta su eliminación, con más los intereses legales recogidos en el fundamento de derecho penúltimo de esta resolución- interés legal desde el cobro-, y las costas*".

PRIMERO.- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por el citado litigante, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, previo emplazamiento de las partes para su personación ante esta Superioridad por término de 10 días, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de



interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO.- Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar en el día señalado quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

TERCERO.- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

VISTOS , siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JOSÉ HERRERA TAGUA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por el Procurador Don Francisco Javier Díaz Romero, en nombre y representación de Doña Ariadna , se presentó demanda contra la entidad Targobank, S.A., interesando que se declarase la nulidad de la **cláusula** suelo o tipo interés mínimo obrante en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el día 13 de febrero de 2.008, que establecía un interés remuneratorio mínimo del 5,50%, que posteriormente se redujo al 3,75% y la devolución de las cantidades abonadas como consecuencia de la indebida aplicación de dicha **cláusula**. La entidad demandada se opuso, alegó falta de legitimación activa, en relación a las cantidades que interesaba que se le condenase, dado que entendía que la actora no podía formular dicha reclamación, teniendo en cuenta que en el contrato intervenían otras tres personas en concepto de prestatario; que no había acreditado adecuadamente que era consumidora, y que dicha **cláusula** era plenamente válida. En el curso de los autos se personaron Don Epifanio y Doña María Esther , representados por el Procurador Sr. Díaz Romero, y Don Hilario y Doña Carlota , representados por la Procuradora Doña Teresa Rodríguez Linares, en su condición de herederos de Don Sergio . La Sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda, contra la que interpuso recurso de apelación la parte demandada que reiteró sus pretensiones.

SEGUNDO .- La primera cuestión que debemos dejar aclarado en esta alzada, es determinar si los actores, en su conjunto, o tan solo la Sra. Carlota , quien interpuso inicialmente en solitario la demanda, están legitimados para formular la reclamación a que se contrae la presente litis.

En los términos que se plantea la excepción de falta de legitimación activa por parte de la demandada, es evidente que no se refiere a la legitimación ad processum, en cuanto capacidad para comparecer en juicio, sino a la legitimación ad causam, es decir, la atribución activa de la acción, en cuanto referida a aquella que atendiendo al objeto puede conducir eficazmente el proceso concreto. En definitiva, a quien puede ejercitar la pretensión deducida en la demanda. En principio, dicha legitimación sólo la tiene el titular del derecho subjetivo, es el único a cuya voluntad queda la incoación del proceso civil, y por tanto quien tiene la facultad de acudir o no al amparo de los órganos jurisdiccionales. Como señala la Sentencia de 28 de febrero de 2.002 : "La legitimación "ad causam" consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La Sentencia de 31 de marzo de 1997 , a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001 , hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido".

De estas consideraciones se desprende que dicha legitimidad sólo puede reconocerse a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo y, en el lado pasivo a quien se imputa la titularidad de la obligación. De ello, se deduce que la finalidad de que las partes que comparecen en el proceso estén legitimadas es evidente, y es que exista una correcta atribución subjetiva del derecho y de la obligación deducida en el proceso, con la finalidad de que la resolución que se dicte pueda producir plenos efectos, lo cual, sólo será posible si el proceso se ha seguido con las partes de la relación jurídico material.

En el caso concreto analizado, es patente que no estamos ante una excepción dilatoria, es decir, procesal, porque su fundamento no reside en la existencia de un óbice a la admisibilidad de la relación jurídico-procesal, ya que no se trata de un presupuesto procesal, más bien estamos ante una excepción perentoria o material en cuanto se opone a la acción incondicionalmente, o sea al fondo del asunto. Se trata de determinar si la actora está legitimada para ejercitar la acción planteada contra la demandada, sobre la base de si puede intervenir, ella sola, cuando no es la única prestataria, manteniendo que no actúa en beneficio de la comunidad.

En este sentido, es unánime la jurisprudencia que estima que estamos ante una cuestión de fondo, en cuanto supedita la estimación o desestimación de la pretensión, es decir, se trata de una alegación referida a la carencia de acción, que obviamente se tendrá que resolver en la resolución definitiva. Por tanto, no es admisible resolverla como cuestión de índole procesal y acordar el archivo de proceso, porque no estamos ante el supuesto contemplado en la causa primera del apartado primero del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento



Civil, ya que no se está refiriendo a la capacidad para comparecer en juicio, que perfectamente regula y define el artículo 6 y siguientes de la citada Ley, diferenciando entre capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación, sino a sí la parte actora está legitimada para la acción que ejercita.

TERCERO .- Es pacífico que cualquier comunero, sin necesidad de actuar conjuntamente con los demás, puede actuar en beneficio de la comunidad. En este sentido, es unánime la jurisprudencia que reconoce la legitimación a cualquier copropietario, en base a su derecho de uso y disfrute, con el fin de comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad tanto para ejercitarlos como para defenderlos, SSTS 28-4-23, 17-6-27, 7-7-54, 25-1-58, 24-10-73, 18-12-89, 17-4-90, 6-6-97, entre otras. Expresamente la Sentencia de 3 de febrero de 1.983 declara que: "cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la Comunidad, ya para ejecutarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la Sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros sin que le perjudique la adversa o contraria". En definitiva, como señala la Sentencia de 24 de enero de 1.963 cualquier comunero está facultado para ejercer los derechos en provecho de los demás codueños, pero no en provecho propio *ut lucretur solum*.

Entre quienes estarían legitimados para actuar en beneficio de los demás, podría encontrarse, cuando estamos ante una comunidad de propietarios sometidos a la Ley de Propiedad Horizontal, el presidente, no ya solo en razón de su cargo, sino por su condición de propietario de uno de los inmuebles que integran dicha comunidad, pero no es admisible esa actuación en beneficio de los demás cuando consta expresamente la oposición de algún comunero, y no existe acuerdo formal por el órgano de expresión de la voluntad colectiva de ejercita la acción a que se contrae la presente litis. En concreto, la Sentencia de 18 de julio de 2007, aunque referida a una comunidad de propietarios, es perfectamente aplicable a cualquier tipo de comunidad, declara que: "En línea con la jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia de 8 de julio de 2003, las Comunidades de Propietarios, con la representación conferida legalmente a los respectivos Presidentes, ex artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, gozan de legitimación "para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble - STS de 26 de noviembre de 1990 -, y no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical privada o común, pues tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa Comunidad - STS de 24 de septiembre de 1991 -, sin perjuicio, por ello, de las obligaciones del Presidente de responder de su gestión - SSTS de 15 de enero y 9 de marzo de 1988 -, pero cuya voluntad vale como voluntad de la Comunidad frente al exterior - STS de 20 de abril de 1991 -". En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido las facultades del Presidente a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble, cuando los propietarios le autoricen.

Lo anterior deriva de las peculiaridades de que gozan las facultades de representación conferidas legalmente a los Presidentes de las Comunidades de Propietarios. Según declaró la Sentencia de 19 de noviembre de 1993, la Ley de Propiedad Horizontal, precisamente para evitar cuestiones de legitimación y en aras de una tutela efectiva y de la aplicación eficiente del régimen comunitario con respecto a la propiedad singular y a la colectiva, arbitró la fórmula de otorgar al Presidente de las Comunidades de Propietarios, carentes de personalidad jurídica, la representación de ellas en juicio y fuera de él, que lleva implícita la de todos los titulares y que no es la ordinaria que se establece entre representante y representado, sino la orgánica, en cuya virtud la voluntad del Presidente vale, frente al exterior, como voluntad de la Comunidad - SSTS de 27 de marzo, 17 de junio, 1, 3 y 14 de julio y 25 de septiembre de 1989 -.

En suma, como recuerda la Sentencia de 16 de octubre de 1995, con remisión al contenido de la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, "el Presidente está investido de un mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos de toda la Comunidad, no sólo en cuanto a lo que afecta a los elementos o intereses comunes, sino también de los propietarios en particular; siendo para ello suficiente aducir que, en el caso de la discutida proyección, de ese mandato representativo del Presidente, sobre intereses particulares, ha de tenerse en cuenta el principio general de que con ello está reportando unos indiscutibles beneficios a dichos comuneros, lo cual debe mantenerse, salvo que, en su caso, pudiera existir una oposición expresa o formal, para que, en su nombre no pudiese proyectarse la defensa de esos intereses asumidos por dicho Presidente, conforme a una reiterada línea jurisprudencial, entre ellas SS 3 de febrero de 1983, 23 de noviembre de 1984, 12 de febrero de 1986, 7 de diciembre de 1987 y 9 de febrero de 1987, que avalan ese alcance total del mandato representativo del Presidente de la Comunidad en la Ley de Propiedad Horizontal".

Por otra parte, en lo que aquí interesa, ha de reseñarse además la doctrina contenida, entre otras, en las Sentencias de 20 y 31 de diciembre de 1996, en virtud de la cual "el Presidente no necesita la autorización de la Junta para intervenir ante los Tribunales, cuando ejercite una pretensión en beneficio para la Comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la Ley, o que exista, como puntualizan las Sentencias de 3 de marzo de 1995 y 16 de octubre de 1996, una oposición expresa y formal". Existe por tanto, en la jurisprudencia



la presunción de que el Presidente está autorizado mientras no se acredite lo contrario - Sentencia 2 de diciembre de 1989".

En este mismo orden de consideraciones, señala la Sentencia de 20 de diciembre de 1.989 que: " según sentencia de 18 de mayo de 1962 : "Debiéndose distinguir, como establece la teoría científica, la legitimatio ad processum, de la legitimatio ad causam, según la terminología forense, aquella, como capacidad que es necesaria poseer para ser sujeto de una relación procesal y poderla realizar con eficacia jurídica, sin la cual no se puede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo; mientras que esta aparece en función de la pretensión formulada, requiriendo una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta, por obra de una relación en que las partes se encuentran, respecto a la cosa que es objeto del litigio; aquellas, denominaciones de contenido más expresivo, según los tratadistas procesales, que el conocido desde antiguo, como falta de personalidad y falta de acción, que la doctrina jurisprudencial admitía ya desde la sentencia de 22 de septiembre de 1860 , en que así se declara, fecha desde la cual se viene diferenciando una y otra, no pueden ni deben ser confundidas, tanto por ser cosas distintas como por los efectos diversos que de ellas se derivan, ya que la primera hace relación a la forma, se ha de fundar en la falta de las condiciones y requisitos que para comparecer enjuicio se expresan en el núm. 2.º del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , originando su infracción el recurso de quebrantamiento que aquí se examina; mientras que la segunda, sine actione legis, se basa en la falta de acción, de razón y de derecho que asiste al que litiga, falta que, por afectar al fondo del asunto, a la esencia de la pretensión que se reclama, sustancia al pleito, su vulneración da lugar al recurso de casación por infracción de Ley) al referirse a la necesidad de esa actuación conjunta de todos los condueños, debe entenderse dentro del espectro del art. 533.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con apoyo en una serie de resoluciones jurisprudenciales, en la línea de que, como entre otras, ya se sentó en la de 17 de junio de 1927 de que si bien cualquiera de los partícipes puede comparecer enjuicio en asuntos que afecten a la comunidad ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros, sin embargo, ello no es posible si la acción se ejercita en el propio nombre de un comunero sin citar a los demás condueños, que, es cabalmente, lo acontecido en este litigio, pues, asimismo, deviene evidente, conforme a la línea jurisprudencial que se cita en el motivo, que habida cuenta de la naturaleza de copropiedad por cuotas ideales o "Copropietas" romana (en la que rige, entre otros, el principio procesal de quo in pro indiviso non potest agere pro cuota) existente sobre la finca arrendada, regulada pues art.. 392 y siguientes. del Código Civil , si, por un lado, se precisa a tenor del art. 397 el consentimiento de todos los partícipes o condóminos para alterar la cosa en común y que según el art. 398 para la administración y mejor disfrute serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, salvo, según aquella interpretación judicial, que el acuerdo o actuación minoritaria o individual beneficie a los demás, es claro y no necesita de mayor razonamiento que cuando, como ocurre en autos, la actuación contenciosa tendente a la extinción del arrendamiento de dicha finca -es un auténtico acto de administración de uno de los condóminos- se ha realizado con la oposición expresa del otro, será porque aquella no le beneficia -sólo se rechaza en el mundo de los intereses aquello que perjudica-, por lo que cede, en consecuencia, el factor presuntivo del beneficio que podría viabilizar esa conducta unilateral, lo que culmina en la estimación del recurso, sin necesidad de examinar el resto de los motivos dictándose la correspondiente sentencia interlocutoria sin resolver, pues, el fondo del litigio".

Más recientemente la Sentencia de 16 de marzo de 2011 , declara que: "Dice la sentencia de 18 de julio de 2007 , y reproduce la posterior de 30 de abril de 2008, en línea con la jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia de 8 de julio de 2003 , que las Comunidades de Propietarios, con la representación conferida legalmente a los respectivos Presidentes, ex artículo 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal , gozan de legitimación "para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble - STS de 26 de noviembre de 1990 -, y no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical privada o común, pues tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa Comunidad - STS de 24 de septiembre de 1991 -, sin perjuicio, por ello, de las obligaciones del Presidente de responder de su gestión - SSTS de 15 de enero y 9 de marzo de 1988 -, pero cuya voluntad vale como voluntad de la Comunidad frente al exterior - STS de 20 de abril de 1991 -. En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido las facultades del Presidente a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble, cuando los propietarios le autoricen. Lo anterior deriva de las peculiaridades de que gozan las facultades de representación conferidas legalmente a los Presidentes de las Comunidades de Propietarios.

Declarando, incluso, entre otras, las Sentencias de 20 y 31 de diciembre de 1996 , que "el Presidente no necesita la autorización de la Junta para intervenir ante los Tribunales, cuando ejercite una pretensión en beneficio para la Comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la Ley, o que exista, como puntualizan las Sentencias de 3 de marzo de 1995 y 16 de octubre de 1996 , una oposición expresa y formal". Existe por tanto, en la jurisprudencia la presunción de que el Presidente está autorizado mientras no se acredite lo contrario



- Sentencia 2 de diciembre de 1989 -, sin que haya razón alguna para reducir tal autorización a los "vicios y defectos de construcción", strictu sensu considerados, por afectar también el interés de la Comunidad a los incumplimientos contractuales afectantes a viviendas en particular (SSTS 10 de mayo 1995 ; 18 de julio 2007)". En parecidos términos se pronuncian las Sentencia de 22 y 30 de diciembre de 2.009 . En definitiva, como establece la Sentencia de 21 de junio de 1989 declara que: "La doctrina jurisprudencial establece que no se da la falta de legitimación en el actor cuando, aunque no se haya hecho constar en la demanda, de una manera expresa, que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma, plantea una pretensión que, de prosperar, ha de redundar en provecho de la comunidad como, evidentemente, ocurre en este caso, en el cual la reparación de las consecuencias de una obra mal ejecutada, ha de aprovechar necesaria e inescindiblemente a todos los comuneros. Por tanto, la legitimación activa del comunero, en cualquier clase de comunidad, viene determinada, como en este caso, por su fundamento en el derecho material ejercitado (actuación en provecho común) y por el resultado provechoso pretendido, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor".

CUARTO .- Dese luego esa admisible actuación unilateral del comunero en cuanto beneficio para la comunidad, que solo puede extenderse a éstos, nunca de los perjuicios, se sustenta en la misma idea de no poder admitirse la excepción de litisconsorcio activo, dado que nadie puede obligársele a demandar.

La figura del litisconsorcio es de creación jurisprudencial, tiene su fundamento en la posibilidad de que en cada parte de un proceso, pueda existir una pluralidad de personas y su finalidad es evitar que la Sentencia que se dicte, pueda resultar inútil por no haberse llamado a todas las personas en cuya esfera patrimonial haya de ejecutarse, y, además, porque la Sentencia que recaiga en el pleito afecte inexcusablemente a personas no llamadas al mismo, SSTS de 11 de marzo , de 28 de marzo , de 18 de septiembre de 1996 , 24 de octubre de 2.000 , entre otras. Si se puede, ha de considerarse necesario el litisconsorcio pasivo porque nadie puede ser condenado sin habersele oído, o al menos la posibilidad para ello, mientras que del activo no puede proclamarse dicha necesidad, tan solo que ha de ser facultativo o eventual, ya que nadie puede ser obligado a litigar. En este sentido, la Sentencia de 19 de diciembre de 2.000 declara que: "Como ya han señalado, entre otras, las sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 1992 , 4 de julio y 12 de noviembre de 1994 no pueden equipararse la situación de litisconsorcio activo con la del pasivo, ni calificarse ambas de litisconsorcio necesario, por cuanto si bien es evidente que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, no es menos cierto el principio de que nadie puede ser obligado a litigar, ni aislada ni conjuntamente con otros, a menos que la disponibilidad del demandante sobre la cosa reclamada no pueda ejecutarse, sino en forma conjunta y mancomunada con otro, lo que se traduciría en falta de legitimatio ad causam, que al carecer de un presupuesto preliminar de fondo, basado en razones jurídico materiales, debiera conducir a una sentencia desestimatoria. Mas ello no acontece en este caso, en que los perjuicios reclamados por los actores no les obliga a una reclamación conjunta y mancomunada con los demás, porque pueden incluso no haberlos sufrido, haberlos reparado privada y extrajudicialmente el deudor o simplemente no desean reclamarlos". En idéntico sentido señala la Sentencia de 28 de julio de 1.995 que: "tiene declarado esta Sala (Sª de 22 de Diciembre de 1993 , con cita de anteriores) "que la figura del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, inspirado por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído; en efecto, como nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido a otros, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa (legitimatio ad causam)".

En el presente supuesto es evidente que la Sra. Covadonga está legitimada, cómo no lo va a estar, si es parte de la relación contractual a que se refiere la acción que ejercita. No se ha acreditado, ni siquiera se ha alegado, que actúe con la oposición expresa del otro prestatario y de los avalistas. Es indudable e incuestionable que las consecuencias de dicha acción, si prospera, van a beneficiar a los demás comuneros, no solo al deudor principal, en cuanto que verá reducida la cuantía de las cuotas y la consiguiente devolución de las anteriores, sino que también beneficiará a los avalista dado que su obligación se verá reducida cuantitativamente, en el supuesto de que se les reclame el importe de la deuda.

A los efectos de la presente litis, es absolutamente indiferente e intrascendente quién haya abonado las cuotas, por tanto, ese exceso en las cuotas, a consecuencia de la aplicación de la **cláusula** suelo. Ello será una cuestión a ventilar entre los prestatarios, que dará lugar al oportuno reparto, o no, teniendo en cuenta la suma que cada uno de ellos haya empleado. Frente a la prestamista, que es la cuestión que se ha de dilucidar en la presente litis, todos son deudores solidarios, es decir, por entero, de modo que cualquiera de ellos puede reclamar frente a la entidad demandada, sin perjuicio, insistimos, del reparto que tenga que realizar Doña Ariadna , si le consideramos como única actora, respecto de las cantidades a que se condena la demandada. Es igualmente intrascendente la controversia que pudiera surgir entre los prestatarios, debate que, como ya hemos señalado, excede de la presente litis.



En cualquier caso, aunque Doña Ariadna hubiese afirmado que actuaba para sí, es indudable que los hechos son tozudos y no es así, porque de admitirse la nulidad de la **cláusula** suelo, es indudable que beneficiará a todos los deudores, porque aparte de la devolución de cantidades abonadas en aplicación de dicha **cláusula**, redundará en las cuotas que vayan venciendo, porque se tendrá que reducir el importe de los intereses remuneratorios.

En consecuencia, la personación de Don Epifanio Doña María Esther , Don Hilario y Doña Carlota , es a estos efectos intrascendente, porque están legitimados para hacerlo, en cuanto deudores, y con ello, como ya hemos señalado, no se trata de suplir ningún defecto de constitución de la relación jurídico-procesal, dado que Doña Ariadna estaba legitimada para actuar en beneficio de la comunidad. En cuanto a Don Hilario y Doña Carlota es indudable su condición de herederos, de carácter forzoso, como se desprende de la copia del Libro de Familia, en cuanto hijo de Don Sergio .

En consecuencia, este motivo ha de rechazarse.

QUINTO .- El segundo motivo que esgrime la demandada, es que no se ha acreditado por los actores su condición de consumidores.

Se trata una cuestión, sobre la que se ha pronunciado, en innumerables ocasiones, esta Sala en el sentido de que no podemos dejar de resaltar la constante y reiterada evolución legislativa en los conceptos de consumidor y empresario, con clara ampliación del ámbito del primero. Así nos encontramos que la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establecía en su artículo primero, apartado segundo, que: *"A los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden"* , y en el apartado tercero que: *"No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros"* . Como vemos la sutil distinción se basaba en el destino final de los productos adquiridos, de modo que la consideración de empresario abarcaba a toda actividad que constituyera un proceso de producción o simple prestación de servicio a tercero, con independencia de que fuese la actividad habitual o no.

Esta norma fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que estableció, en cuanto al concepto de consumidor, en el artículo segundo que: *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"* . En el artículo cuarto nos dice que: *"A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada"* . Estas normas han sido reformadas por la Ley 3/14, de 27 de marzo, que entró en vigor el día 29 del citado mes y año, en el sentido de que: *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión."*

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial" , y el artículo cuarto: *"A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión"*. Como vemos claramente se restringe el concepto de empresario a cuando se trate de su actividad empresarial, es decir, exige una habitualidad, reiteración y constancia en dicha actividad.

Ya este ampliación del concepto venía recogida en la Ley 7/98, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuando en la Exposición de Motivos dice que: *"De conformidad con la directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional"* .

Por tanto, se puede concluir que esa evolución legislativa, restringe el ámbito conceptual de empresario, que lo circunscribe a las actividades que son necesarias para su actividad empresarial y que alcanzará no solo a aquellos productos que directamente, tras un proceso de transformación o de mera intermediación, se ponen a disposición de los consumidores, sino de todos aquellos elementos que indirectamente son precisos para su actividad comercial, industrial, en fin, empresarial, mientras que consumidor será todo aquel que se desenvuelve en un ámbito ajeno a ella.



Evolución legislativa que no es más que transposición de las disposiciones comunitarias, entre las que podemos destacar la Directiva Europea 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, en el artículo 2 dispone que: *"Para los fines de la presente Directiva, se entenderá por:*

-*"consumidor"*, toda persona física, que para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional,

-*"comerciante"*, toda persona física o jurídica que, al celebrar la transacción de que se trate, actúe en el marco de su actividad comercial o profesional, así como toda persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante". En la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las **cláusulas abusivas** en los contratos celebrados con consumidores, artículo 2.b. En la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, artículo 2.2; y en la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, artículo 1.2.a. Además no podemos dejar de resaltar la Directiva en las que se define como consumidor a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Tal es la ampliación de la conceptualización de consumidor que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010, en su considerando decimosegundo dispone que: *"La definición de "consumidor" debe incluir a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor"*.

En este sentido, merece destacarse la Sentencia de 22 de abril de 2.015 cuando declara que: "Conforme al art. 2.b de la Directiva 1993/13/CEE, ha de entenderse por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, consideró consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, excluyendo de tal consideración a quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieren, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Y el vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que entró en vigor a los pocos días de suscribirse la póliza de préstamo, considera consumidores a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Por tanto, que el dinero prestado no fuera destinado a bienes de primera necesidad es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato esté excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores por razones subjetivas es necesario no solo que el adherente sea también profesional o empresario, sino que, siendo una persona física, conste que la celebración del contrato se realice en calidad de tal empresario o profesional, por destinar el objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, valga la redundancia".

Sobre esta base, en orden a determinar si una **cláusula** es abusiva, es requisito sine qua non que una de las partes del contrato sea consumidor, aunque ello no quiere decir que, cuando se trata de empresarios, no pueda existir posiciones dominantes, que rompa el necesario e indispensable equilibrio que ha de existir entre las partes del contrato, sino que en tal caso, se tendrá que recurrir a las normas generales sobre nulidad contractual.

SEXTO .- Si entendemos que estamos ante una actividad empresarial, es incuestionable que no procede aplicar la consolidada jurisprudencia surgida a raíz de la Sentencia de 9 de mayo de 2.013, bien es cierto con las matizaciones posteriores que se han venido realizando, pero asentada en la idea de que ha de tratarse de un consumidor.

Sobre estos pactos de limitación de intereses remuneratorios variables, ya esta Sala se pronunció en la Sentencia de 7 de octubre de 2.011, en el sentido de que estas **cláusulas** son perfectamente lícitas, por cuanto: "constituyen los términos financieros de la operación de préstamo, están incluidas en la oferta vinculante que



la entidad debe hacer al prestatario, de conformidad con la OM de 5 de mayo de 1994, y una vez aceptada la oferta se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo. En definitiva, estas **cláusulas** de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará. Fijan, por tanto, el marco de fluctuación del precio, en un contrato en el que el prestatario ha optado libre y voluntariamente por un interés variable, y por tanto, sujeto a las oscilaciones y riesgos de un mercado libre. Precisamente esos riesgos son los que se tratan de paliar o cubrir con los pactos de limitación de los intereses variables. Así pues, consideramos que estas **cláusulas** no son de carácter accesorio, no constituyen una condición general de la contratación, sino que como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, el que necesariamente conoce, sobre el que reflexiona la conveniencia o no de hacer el contrato, a diferencia de las condiciones generales, las cuales el consumidor puede no tomar en consideración o desconocer, o no comprender su alcance y trascendencia o adherirse a ellas pese a su disconformidad porque lo que verdaderamente le interesa es el objeto principal del contrato y la conveniencia de las condiciones esenciales del mismo".

La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo que resolvió el recurso interpuesto respecto de la citada Sentencia de esta Sala, de 9 de mayo de 2.013, declara expresamente que: "256. Las **cláusulas** suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la **cláusula** como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las **cláusulas** suelo que no coexisten con **cláusulas** techo y, de hecho, la oferta de **cláusulas** suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en **cláusulas** con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso".

Por tanto, se puede afirmar que estas **cláusulas** no son **abusivas** en sí mismas, porque forma parte esencial y determinante del contrato, dado que determina el precio, es la cuantía mínima que el prestatario ha de abonar por intereses remuneratorios. Como nos dice la citada Sentencia: "las **cláusulas** suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato". Para más adelante concluir que: "196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las **cláusulas** suelo examinadas constituyen **cláusulas** que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".

Consecuente con ello, es que su nulidad no se va a producir en cuanto que suponga una ruptura del necesario e imprescindible equilibrio que ha de existir entre las prestaciones de las partes, sino por falta de transparencia, bien porque su redacción sea confusa, equivocada, o ininteligible, o que en el proceso de contratación la entidad de crédito no haya informado al prestatario conforme establece la normativa vigente, sobre el alcance y consecuencias de dicha **cláusula**.

En definitiva, se pretende que estas **cláusulas** que afectan al objeto principal del contrato, estén sometidas a ese doble control de transparencia, a efecto de incorporación al contrato, es decir, a su validez y plena eficacia. Con respecto a este proceso de incorporación al contrato, la citada Sentencia declara que: "201. En



el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"(l)a redacción de las **cláusulas** generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"(n)o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)"-.

2.2. Conclusiones.

202. Coincidimos con la sentencia recurrida, en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las **cláusulas** de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC".

Y un segundo control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores. En concreto, la citada Sentencia declara que: "En este segundo examen, la transparencia documental de la **cláusula**, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones **abusivas**. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una **cláusula** que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "(e)l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

214. En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, ya citada, apartado 49, con referencia a una **cláusula** que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente "(...) de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste (...)".

La conclusión que se obtiene de estas consideraciones, es que no podemos encontrar que una **cláusula** suelo puede ser, en principio, perfectamente válida, en cuanto que supere el primer control de transparencia, sin embargo, se declare nula porque la información suministrada al prestatario tenga que calificarse de insuficiente, en relación a las consecuencias que le supondrá su inclusión en el contrato. Por ello, nos dice la reiterada Sentencia que: "Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada **cláusula** impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás **cláusulas** del contrato, o de otro contrato del que dependa".

En definitiva, ese doble control de claridad y precisión de los términos empleados e información suministrada al prestatario, siempre va a tener como premisa que éste sea consumidor.

CUARTO .- Por tanto, la cuestión nuclear de la presente litis, es si los actores intervinieron en la formalización del préstamo con garantía hipotecaria como consumidores, ello sobre la base de la decisión adoptada en primera instancia de considerar que les corresponde acreditar a los actores que intervinieron como consumidores. Si intervinieron como consumidores, es indudable la aplicación de las anteriores consideraciones jurisprudenciales, cuyo fundamento es la abusividad.

Teniendo en cuenta la evolución legislativa del concepto de consumidores y empresarios, con ampliación del primero en detrimento del segundo, es indudable que existe una cierta presunción de considerar a los prestatarios como consumidores, fundamentalmente cuando del contrato, sustancialmente, pero también



de los actos anteriores, coetáneos y posteriores no existe una decidida realidad de que lo hicieron como empresarios. Bien porque así hayan expresado el destino del dinero prestado, por la naturaleza del bien sobre el que se constituye la garantía real, circunstancias que permiten deducir, cuál es la naturaleza del negocio jurídico, en fin, de en qué concepto intervinieron los prestatarios, si como meros consumidores o en el ejercicio de su actividad profesional. Entendemos que ese ensanchamiento del concepto de consumidor, provoca esa cierta presunción, esa cierta apariencia de que se trata de consumidores, como ocurre en el presente supuestos, porque ni en el negocio jurídico se expresa, ni de esos actos anteriores, coetáneos o posteriores se deduce, ni mínimamente que intervinieron como empresarios. En tal caso, no son los actores quienes tienen que demostrar que intervinieron como consumidores, sino que quien alega que no lo son, es quien tiene que probarlo. No se trata de realizar una prueba de un hecho negativo, que como sabemos es considerado una prueba diabólica, para quien formula la alegación, es decir, la demandada, porque no tiene que probar que los prestatarios no intervinieron como consumidores, sino que se trataría de acreditar un hecho positivo, es decir, que intervinieron como empresarios. Una mera alegación, en el sentido de que no ha acreditado que intervinieron como consumidores, no es suficiente para considerar que estamos ante un hecho obstativo que provoque que se desplace la carga de la prueba a los actores, de modo que estos deban acreditar que sí eran consumidores.

En esta tesitura, esta Sala considera que es a la demandada a quien le correspondiera acreditar que los actores no intervinieron como consumidores, teniendo en cuenta la facilidad probatoria. Porque es incuestionable que una de los datos que decididamente se determinan en el expediente previo a conceder un préstamo, es la fijación y concreción del destino que se va a dar al dinero prestado. De los presentes autos no existe el menor indicio que permita concluir que actuaron como empresarios. Estamos ante una garantía real que se otorga sobre una vivienda, que es el domicilio de los dos prestatarios hipotecantes, Don Sergio y Doña María Esther, que no lo sea el de los otros dos prestatarios, no es indicador de una actividad empresarial. Es indudable que dicho préstamo no iba destinado a adquirir la vivienda gravada, dado que ésta se adquiere por los Sres. Sergio y María Esther con fecha 25 de marzo de 1.982, según se desprende del folio 28 vuelto de los autos, mientras que el préstamo se formaliza con fecha 13 de febrero de 2.008. Pero estos datos, podíamos decir obstativos a esa consideración de consumidores, no supone traspasar la línea divisoria de conceptos, e incluirlos en el de empresario.

En cualquier caso, insistimos, desde un punto de vista de facilidad probatoria, la demandada ha podido destruir esa presunción de que intervinieron los prestatarios como consumidores, teniendo en cuenta que debió existir una negociación previa, en el que los prestatario debieron explicitar el destino a que iban a dedicar la cantidad prestada, y ese esfuerzo probatorio no ha tenido lugar.

Por todo ello, al no acreditarse que intervinieron como empresarios, han de considerarse que lo hicieron como consumidores, consecuentemente les será de aplicación la doctrina jurisprudencial recogida anteriormente.

QUINTO. - Aplicadas estas consideraciones al supuesto analizado en la presente litis, nos encontramos que en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 78.000 euros, se incluyó una **cláusula** tercera, folio 34 vuelto de los autos, relativa a Intereses, en la que se fijó el tipo de interés anual aplicable, en el 5,693%, durante seis meses. En la misma **cláusula** se fijó para el resto del periodo de vigencia del contrato, interés variable, sobre la base del Euribor más 1 punto, con bonificaciones, folio 35 de los autos. En esa misma **cláusula**, se estableció un límite a la variabilidad mínimo del 5,50%, folio 37 de los autos, que posteriormente por acuerdo de las partes en 2.011 se redujo al 3,75%.

Es incuestionable la aplicación, con carácter general, a estos préstamos hipotecarios de la Orden de 5 de mayo de 1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente al momento de la formalización del préstamo con garantía hipotecaria a que se contrae la presente litis, aunque posteriormente ha sido derogado por Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por cuanto su finalidad, como nos dice en la Exposición de Motivos es: *"es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.*

Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad

de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario".

Por tanto, como se trata de conocer si el contrato de préstamo reúne dichos requisitos de transparencia, exigido por la citada Directiva y desarrollado por la legislación de consumidores al que se refiere la citada Sentencia de 9 de mayo de 2.013, entendemos que se deben tener en cuenta las previsiones que dicha Orden recoge sobre transparencia, en orden a determinar la validez de la **cláusula** suelo, máxime cuando la propia escritura pública otorgada entre las partes, en gran medida, como a continuación veremos sigue las prescripciones de dicha Orden.

Dicha normativa, entendemos que ha de tenerse en cuenta, aún cuando se supere el límite cuantitativo que establecía, veinticinco millones de pesetas, es decir, 150.253,02 euros, porque no podemos olvidar que en la Orden de 2.011 dicho límite cuantitativo desaparece, porque se pretende garantizar la transparencia bancaria, en fin, un adecuado conocimiento por parte del usuario bancario, es decir, por un consumidor. En definitiva, se trata de conocer si el contrato de préstamo reúne dichos requisitos de transparencia, exigido por la citada Directiva y desarrollado por la legislación de consumidores al que se refiere la citada Sentencia de 9 de mayo de 2.013. Normativa que esta Sala ha declarado en innumerables ocasiones que dichas normas de transparencias han de aplicarse aún cuando supere dicho límite, dada la finalidad de dicha normas, como es un pleno conocimiento del prestatario.

En concreto, se exige que la entidad crediticia entregue un folleto informativo y una oferta vinculante, que ha de recoger las condiciones financieras en el mismo orden que aparezca en la escritura pública, que detalladamente se recoge en el Anexo II de dicha Orden. Ordinal que se ha de seguir rigurosamente. Así la **cláusula** primera ha de referirse al capital del préstamo; la primera bis a la cuenta especial; la segunda a la amortización; la tercera a los intereses ordinarios; la tercera bis al interés variables; la cuarta a las comisiones; la cuarta bis a la tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente.; la quinta a los gastos a cargo del prestatario; la sexta a los intereses de demora; y la sexta bis a la resolución anticipada por la entidad de crédito.

Ese orden riguroso, que en términos imperativos la citada Orden señala que se han de seguir, si se respeta, en gran medida, en la escritura pública. Pero no podemos olvidar que con el fin de conseguir esa plena comprensión por parte de los prestatarios, dicha Orden impone determinadas exigencias al propio Notario interviniente. Así en la Exposición de Motivos se señala que: *"A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas **cláusulas** que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas"*. Expresamente el artículo séptimo dispone que el prestatario tiene derecho a examinar el proyecto de escritura en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento de la escritura. El Notario deberá comprobar, en aplicación del Reglamento Notarial, si existen discrepancias entre la oferta vinculante y las **cláusulas** financieras del contrato. En el caso de préstamo a interés variable, entre otras cuestiones que se han establecido límites a la variación. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y la baja, lo cual, el Notario lo consignará expresamente en la escritura, advirtiendo de ello a ambas partes. Obviamente, cumplir los requisitos que impone dicha Orden le corresponde a las entidades crediticias, como expresamente dispone el artículo primero, pero entendemos que dicho cumplimiento ha de hacerse extensivo a vigilar que tercero que intervengan, también los cumpla. Entre ellos que el Notario recoja las advertencias mencionadas, tanto al derecho de los prestatarios a examinar el proyecto de escritura o que ha renunciado a ello, y, desde luego, entre otras, las referidas a los intereses variables.

Pues bien, resulta que esa **cláusula** de advertencia y comprobación se ha extendido, folio 52 vuelto de los autos, con los requisitos legales, dado que expresamente se señala: *"que se han establecido límites a la variación del tipo de interés"*. En otras circunstancias, dicha **cláusula** podría haber sido adecuada, de haberse contando con la oportuna información precontractual, como supone la oferta vinculante, pero en el presente supuesto, al no haber existido, nos encontramos con evidentes dudas sobre que, dicha **cláusula**, por si sola, sea adecuada para la plena comprensibilidad por parte de los prestatarios. Esa información entendemos que es esencial y determinante para esa comprensión por parte de los prestatarios, que es la finalidad de ese doble control de transparencia, a que se refiere la Sentencia de 9 de mayo de 2.013, de modo que los deudores tomen perfecta y singular conciencia del alcance vinculatorio, de las consecuencias contractuales que dicha **cláusula** conlleva.

En este sentido, merece destacarse la Sentencia de Sentencia de 20 de diciembre de 2.018 cuando declara que: *"Además, en el presente caso, el anexo que se incorporó a la escritura de novación del préstamo hipotecario no respondía al formato de una oferta vinculante, propiamente dicho, sino a un borrador del contrato de novación del préstamo hipotecario, donde la **cláusula** suelo venía contemplada con relación a numerosas menciones y datos que dificultaban la comprensión efectiva de la misma"*.



Todo lo cual, entendemos que provoca que no supere ese necesario control de transparencia, que ha de conllevar que se declare la nulidad de dicha **cláusula** de límites a la variabilidad de los intereses remuneratorios, es decir, de la denominada **cláusula** suelo.

En consecuencia, este motivo ha de rechazarse.

SEXTO .- El último motivo se refiere a que no cuantifican los actores la cantidad que ha de devolver la demandada.

Efectivamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es pacífico que no puede dejarse para ejecución de Sentencia la cuantificación indemnizatoria, salvo que se trate de una mera operación aritmética o sobre bases precisas y definidas. Con ello se trata de evitar que en lugar de una mera ejecución de la decisión firme, se produzca un nuevo proceso declarativo centrado en la cuantificación indemnizatoria.

En el presente supuesto, es evidente que dicho inconveniente no concurre. Qué los actores no hayan cuantificado la cantidad abonada por aplicación de la **cláusula** suelo, que la entidad demandada ha de reintegrar, no supone que contradigan la citada norma, porque es indudable que las bases para su cuantificación en ejecución de Sentencia están plenamente fijadas y no pueden ser más precisas, concretas y diáfanas, porque se trata sencillamente que la entidad demandada reformule, realice uno nuevo cuadro de amortización sin aplicar, sin tener en cuenta la **cláusula** suelo, y realizando una labor comparativa entre ese nuevo cuadro y el anterior, tendremos la diferencia, que es la cantidad que ha cobrado la demandada, que queda sin sustento contractual, de modo que, por aplicación del artículo 1.303 del Código Civil , ha de devolver a los prestatarios.

En consecuencia, este motivo ha de rechazarse.

SÉPTIMO .- Las precedentes consideraciones han de conducir, con desestimación del recurso de apelación, a la confirmación de la Sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la entidad apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS.-

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Gerardo Martínez Ortiz de la Tabla, en nombre y representación de la entidad Targobank contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Sevilla, con fecha 28 de Septiembre de 2017 en el Juicio Ordinario nº 90/16, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, con imposición de las costas de esta alzada a la entidad apelante.

Y en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS :

Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo (artículos 466 y 478 y disposición final decimosexta LEC).

En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley (disposición final decimosexta LEC).

El recurso de casación y, en su caso, el extraordinario de infracción procesal, se interpondrán ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla (artículo 479 y disposición final decimosexta LEC), previo pago del depósito estipulado en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la tasa prevista en la Ley 10/2012.



Artículo 477 LEC . Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación. 1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución .

2º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

3º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional .

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Artículo 469. Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:

1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución .

2. Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, DON JOSÉ HERRERA TAGUA, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Letrado de la Administración de Justicia de lo que certifico.

DILIGENCIA.- Seguidamente se contrajo certificación de la anterior Sentencia y publicación en su rollo; doy fe.-